

**RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR\***  
*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

## **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. Relação entre a idéia de Direito e a interpretação. 3. A interpretação como ato de conhecimento ou de vontade. 4. Interpretação como ato ideológico. 5. Lógica formal, teleológica ou lógica do razoável. 6. A influência da lei, do sistema jurídico e de outros fatores. 7. Crítica das correntes radicais. 8. O trabalho interpretativo do Juiz.

### **1. Introdução.**

A interpretação é a mais antiga atividade do jurista (os primeiros foram chamados de *interpretes*, conforme Cícero, referido por Michel Villey, em seu *Préface* aos *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII, 1972), mas nunca houve concerto sobre o seu significado. O objetivo deste trabalho é tratar de algumas abordagens a que o tema foi submetido, referindo aquelas que mais se prestam a evidenciar as diferenças de posição, dirigida a investigação à interpretação judicial, atividade operativa exercida pelo Juiz na solução do caso. A ele, mais do que aos outros, interessa o ponto, pois se chega à essência da atividade judicial através do estudo do conceito de interpretação.

### **2. Relação entre a idéia de Direito e a interpretação.**

Uma primeira observação: dizer o que é interpretação depende da resposta à pergunta: o que é Direito?

Três as correntes mais significativas: Direito é norma (Kelsen); Direito é conduta (Cossio); Direito é fato (realismo americano e escandinavo).

2.1. Na Teoria Pura, Direito é norma (Se A é, B deve ser) e o conhecimento jurídico dirige-se, precisamente, a estas normas que conferem a certos fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos (...) (pois) só as normas de Direito podem constituir o objeto do conhecimento jurídico (Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, Saraiva, 1939, p. 11/12). A interpretação restringe-se à fixação do sentido da norma, tendo por resultado a determinação do espaço representado pela norma e, por consequência, o conhecimento das várias possibilidades que existem dentro dele (op. cit., p. 80). Estabelecido o âmbito de validade e vigência da norma aplicada, não há mais nenhum critério jurídico que possa auxiliar na escolha de uma ou outra das possibilidades decisórias: O problema do saber qual das possibilidades existentes no âmbito duma norma é a justa é o problema que, pela sua natureza, escapa ao conhecimento jurídico; não é um problema de teoria, mas de política do Direito (id., p. 84).

2.2. Derecho no es norma, sino conducta normada (Cossio, La Teoria Ecológica dei Derecho), sendo a conduta o objeto do estudo da ciência jurídica. A superação da concepção racionalista percebe-se advertindo que ao jurista não interessa tanto a lei, senão aquilo a que a lei se refere, quer dizer, a conduta dos homens. Se advierte entonces que ei jurista no interpreta ia ley sino que interpreta ia conduta mediante la ley (Aftalión, Olano, Vilanova, Introducción al Derecho, p. 83). O Direito, como objeto, é conduta em interferência intersubjetiva; é um ser cultural (cultura é tudo o que o homem faz com fins valorados), real, está no mundo da experiência, tem valor positivo ou negativo, podendo ser conhecido através de um ato capaz de apreender a realidade que está no mundo da experiência e seu valor. Cossio considera que interpretação é

esse ato de compreensão da conduta através de certos esquemas conceituais fornecidos por standards chamados leis, atingível mediante um método empírico-dialético.

2.3. Para os realistas, a ciência jurídica deve ocupar-se de fatos, não entes metafísicos, tais como dever jurídico, direito subjetivo, etc. Toda a palavra que não tenha provisão de fundos no mercado dos fatos à vista, está falida (Cohen). Criticam a idéia de que o Direito cria vínculos (dado o fato x, a consequência será y), porquanto isto não está no mundo do ser, não há realidade sensível nessa relação de causalidade. O extraterreno, que observasse o comportamento das pessoas, não perceberia a existência do Direito (Olivecrona, *Linguaje Jurídico Y Realidad*, p. 7/8). O que existe é o fato x e a consequência será o que vier a ser ditado na sentença. Ambos os entes reais: o fato e a sentença. A crença de que o efeito reconhecido na sentença decorre da existência do Direito é mística, servindo apenas para nos tranquilizar, atendendo aos nossos anseios de segurança. 'Os direitos e deveres são mais que profecias, predições do que acontecerá com quem praticar certos atos', dizia Holmes, o iniciador do realismo americano. Afirmar a existência da relação jurídica entre A e B é uma predição do que a sociedade (através do Juiz) irá dizer e fazer a favor de um ou de outro. Nesse contexto, interpretar é conhecer as situações de fato presentes e criar a norma para o caso.

Assim expostas as três correntes, vemos que a atividade do jurista pode ser: a) conhecimento da norma; b) compreensão da conduta; c) criação da norma para o caso.

### **3. A interpretação como ato de conhecimento ou de vontade.**

A interpretação é ato de conhecimento ou de vontade?

3.1. Os racionalistas entendem ser o homem capaz de organizar com a sua razão a vida social, emitindo leis perfeitas,

harmônicas, completas, criando um ordenamento jurídico e oferecendo-o pronto e acabado aos Juízes e aplicadores do Direito, aos quais caberia, apenas, através de um ato de conhecimento, apreender o conteúdo dos conceitos legais e aplicá-los aos casos concretos. O conhecimento do Direito Positivo levaria à verdade jurídica, daí por que a interpretação poderia ser certa ou errada, dependendo da veracidade ou da falsidade do conhecimento do jurista. O Juiz é um ser imparcial, neutral, servo da lei, que nada acrescenta ao fenômeno jurídico senão a intermediação entre o abstrato da lei e o concreto da sentença, a que deve chegar através da lógica formal.

3.2. Os anti-racionalistas acreditam que a interpretação é ato de vontade, influenciado por diversos fatores de ordem psíquica, social, política, etc. O ato de criação da norma é ato de vontade, seja do legislador, seja do aplicador. Nessa ótica, a interpretação não seria classificada como verdadeira ou falsa, mas como justa ou injusta.

3.3. Kelsen põe os pés nestas duas posições, para dizer que a atuação do jurista, enquanto jurista, corresponde apenas ao ato de conhecimento da ordem jurídica, para estabelecimento do âmbito de execução da norma aplicável. Havendo uma gradação entre a Constituição e a lei ordinária, e entre a lei e a sentença, será sempre necessária a atividade do jurista para a criação da norma inferior (ou para a sua execução), atividade essa que o constituinte reserva ao legislador ordinário, e este ao Juiz, e o Juiz ao executor. Como a norma superior é sempre mais ou menos indeterminada, ou porque intencionalmente se quis deixar espaço maior para o criador da norma inferior, ou porque inevitavelmente há sempre uma margem de indeterminação (as palavras não têm sentidos unívocos; ou pode haver aparente contradição entre as normas aplicáveis), cabe ao jurista, na interpretação da lei, estabelecer as diversas possibilidades decisórias. Por consequência, a interpretação da lei não tem, necessariamente, que levar a uma única decisão, como se só ela

fosse justa ou reta, mas a várias decisões, cada uma das quais (sob o ponto de vista da norma que aplicam) possui um valor idêntico ao das outras, apesar de só uma delas vir a ser Direito Positivo através da sentença judicial (op. cit., p. 81). A escolha da alternativa já não é um ato de conhecimento, não encontra nenhum fundamento no ordenamento jurídico, mas é um ato de vontade. Diz o eminente criador da Teoria Pura do Direito: 'O problema de saber qual das possibilidades existentes no âmbito de uma norma é a justa é um problema que, pela sua natureza, escapa ao conhecimento jurídico; não é um problema de teoria, mas de política do Direito (...) a diferença (entre o legislador e o Juiz) é meramente quantitativa e não qualitativa, consistindo só no fato de a vinculação material do legislador ser muito menor que a do Juiz, donde resulta que aquele cria Direito com uma liberdade relativamente maior do que este. Mas o Juiz também cria Direito e possui uma relativa liberdade na sua função. Precisamente por isso, a criação da norma individual no processo de execução da lei - com o qual se dá um conteúdo concreto ao âmbito da norma geral - é uma função da vontade (p. 84).

A crítica maior que se pode fazer à Teoria Pura do Direito é a de recusar ao jurista, enquanto tal, qualquer consideração sobre princípios éticos de bem ou de mal, de justo e injusto, por serem determinações que não procedem do Direito Positivo. Submetidos irremediavelmente o jurista e a ciência do Direito ao ordenamento positivo, esta passa a ser o único parâmetro, a luz e o limite do pensamento jurídico, o que é reduzi-lo a muito pouco, como bem evidenciam algumas situações extremas, a exemplo do ocorrido durante o nazismo. É pretendendo ser pura, excluindo da ciência do Direito normas metajurídicas, esta teoria tem caráter marcadamente ideológico, subordinando o jurista não a considerações que possa fazer sobre moral, justiça, equidade, juízos sociais de valor, mas à vontade do que elaborou o ordenamento positivo.

#### **4. Interpretação como ato ideológico.**

Vem a propósito perguntar: a interpretação é ato neutro ou ideológico?

A neutralidade aqui referida é a de o Juiz não carregar na sentença nenhum aporte valorativo pessoal, o que não se confunde com a imparcialidade exigida de o julgador estar desvinculado do interesse das partes. Esta última qualidade não se dispensa nunca, por ser antes de tudo uma exigência ética.

4.1. Os positivistas (racionalistas), que reduzem a interpretação a um ato de conhecimento, sustentam ser uma atividade neutra e imparcial, pois o Juiz se limita à compreensão do significado da norma e ao conhecimento do fato. Corresponde, no campo jurídico, à constituição política do Estado liberal, onde estão separados os Poderes do Estado, ficando ao Legislativo a capacidade de inovar dentro do ordenamento, subordinado o Juiz à lei (*le juge c'est la bouche de la loi*). O ponto mais expressivo a que poderia chegar essa teoria política registrou-se no nosso Estado, onde o projeto de Constituição da República Rio-Grande, de 08.02.1843, atribuía à Assembléia Geral a interpretação das leis (art. 14, § 2º), competindo exclusivamente ao Poder Legislativo interpretar e explicar a Constituição (art. 234). Para a Escola da Exegese, a solução jurídica está no texto da lei, cabendo ao Juiz o trabalho quase mecânico de estabelecer o seu significado segundo a linguagem jurídica corrente e aplicá-lo ao caso. Recentemente, eminente jurista e magistrado brasileiro repetia a história italiana de que ao Juiz interessa o texto, não a testa. É o modelo napoleônico, que se deve ao receio de os Juizes continuarem decidindo de acordo com os interesses do antigo regime, em desatenção aos da burguesia vencedora, manifestados pelo parlamento na lei. Essa posição é não só da Escola da Exegese, mas de todas as correntes que sustentam caber ao Juiz a descoberta e a revelação do conteúdo da norma, inclusive valorativo (jurisprudência de interesses, jurisprudência de conceitos), que seriam objetos existentes per se,

conhecíveis igualmente por todos os Juízes. A persistência dessa idéia também se deve a um fator mítico, que tem três faces: convém aos que elaboram a lei e impõem a sua vontade dentro do Estado, fazer crer aos cidadãos ser ela emanação da justiça e sua aplicação neutra e igual para todos (contestou Martin Fierro: a lei é como a chuva, não cai parelha); o indivíduo tem necessidade de sentir-se seguro quanto às conseqüências futuras de sua conduta, acreditando que a regra geral, igualmente apreensível por todos, será também aplicada ao seu caso; o julgador tranqüiliza seu espírito ao convencer-se de que está apenas fazendo incidir a vontade da lei, para a qual ele não contribui senão com sua participação intelectual meramente operativa.

4.2. A escolha de valores, a sua fixação numa escala hierarquizada, a aceitação dos princípios dela decorrentes e sua efetiva concretização através da aplicação são atitudes que caracterizam uma posição ideologicamente comprometida do Juiz. Wróblewski assegura ser a ideologia necessária à interpretação, por duas razões: de modo geral, porque toda a atividade humana que serve à realização de fins exige a formulação desses fins como valores; a determinação dos valores forma a ideologia dessa atividade; de modo especial, a ideologia está ligada à interpretação porque se funda em avaliações, determinantes das diretivas interpretativas (*L'Interprétation en Droit: Theorie et Idéologie*, nos Archives, XVII/51). O mesmo jurista observa que os valores podem não convergir, a exemplo do que ocorre com o da estabilidade da lei, ligado à certeza e à segurança, e o da necessidade de satisfação das exigências atuais da vida. Enquanto o primeiro se constitui num valor estático e fundamenta a posição de defesa da vontade da lei e do legislador, o segundo é um valor dinâmico e resulta de uma visão behaviorista, pois a norma fixada na sentença corresponde à resposta a um estímulo: mudando o estímulo, muda a resposta. Perelman examina as duas posições e as critica: a primeira faz o Juiz substituir-se por um historiador: quanto melhor conhecedor do fato histórico (vontade do

legislador), melhor o Juiz; a segunda arrisca substituir a vontade de um pela do outro, criando o Juiz a norma que ele gostaria existisse.

### **5. Lógica formal, teleológica ou lógica do razoável.**

Interpretando, faz-se lógica formal, teleológica ou a lógica do razoável?

O resultado da interpretação sempre é apresentado segundo os ditames da lógica formal. Porém, a interpretação propriamente dita pode ser feita mediante os três caminhos acima referidos.

5.1. Kalinowski afirma que toda a interpretação jurídica, porque raciocínio, é lógica, pois todo o raciocínio necessita da lógica. Qualquer que seja a conclusão do jurista, ele chegará lá mediante a utilização das regras lógicas (a contrário, analogia, maiori, ad minus, minori ad maius, etc.) (Remanarques sur l'Interprétation Juridique, Archives, XVII/32). Os positivistas, os dogmáticos, os da jurisprudência de conceitos submetem o ato da interpretação às regras da lógica formal, com a qual procuram alcançar o conhecimento válido do texto legal. 'Dizemos que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está vinculada a uma região ou domínio de objetos - as normas jurídicas - e se apresenta como uma formalização da linguagem que serve de expressão aos significados que são as normas' (Lourival Vilanova, Lógica Jurídica, p. 111). As regras ordenadoras da razão orientam o trabalho do intérprete, para declarar (aclarar) o que no texto se contém com o auxílio dos princípios lógicos (identidade, contradição, terceiro excluído, da razão suficiente) e dos juízos de inferência imediata (oposição e conversão) e mediata (dedução, indução e analogia). Sua tarefa é aplicar a norma de modo ajustado ao sistema conceitual estabelecido cientificamente com base na lei positiva, sistema esse que abarca e explica a totalidade da experiência jurídica. A lógica jurídica é uma lógica do dever ser, não do ser, que leva ao conhecimento válido dos conceitos contidos dentro da norma e da compatibilidade deles com o ordenamento jurídico global<sup>1</sup>.



5.2. A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettioli). A conclusão interpretativa deve estar afeiçãoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material. Pode ser incluída aqui, ainda, a corrente que se preocupa com os efeitos da decisão, fazendo reflexão sobre as conseqüências.

5.3. Recaséns Siches sustenta que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável. Explica as fases por que passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz aportes de circunstâncias extraleais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição. O Juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o Juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão. Nesse trabalho, necessariamente faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico. Sendo um criador, o Juiz, no entanto, está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei. Recusa peremptoriamente qualquer utilidade da lógica formal para o trabalho do jurista: 'La lógica formalista tradicional nunca podrá dar ninguna iluminación sobre cuales deban ser los contenidos de las, normas jurídicas, ni de las normas jurídicas generales, ni de las normas jurídicas particulares (contrato, etc.), ni de las normas jurídicas individualizadas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas)' (Introducción al Estudio dei Derecho, 4ª ed., 1977, p. 259). Apresenta a lógica do razoável com as seguintes características: está condicionada pela realidade concreta do mundo em que opera: está impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos, o que a

distingue decisiva-mente da lógica do racional; tais valorações são concretas, isto é, estão referidas a uma determinada situação humana real; as valorações constituem a base para estabelecimento dos fins; a formulação dos fins não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta; a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica (op. cit., p. 258).

## **6. A influência da lei, do sistema jurídico e de outros fatores.**

Para interpretar, usa-se a lei, o sistema jurídico como um todo, ou quaisquer fatores?

6.1. Os positivistas do Direito fixam-se na primeira alternativa. Direito é objeto de conhecimento lógico, expressa-se na lei positiva, que deve ser reconstruída através da interpretação. Sendo clara a norma aplicável, desnecessária essa atividade secundária, que convém mais a uma franja de problemas marginais, situada na fronteira dos níveis de compreensão, havendo sempre um núcleo de entendimento não contestado. Quando chamado a intervir, o intérprete não pode trair o quadro conceitual positivado na lei. Nos Estados socialistas, em especial na URSS e nos países do leste europeu, o Juiz está vinculado à lei, que expressa o conjunto da ideologia da classe dominante; apenas quando houver dissintonia entre a vontade do legislador e a 'vontade da classe social no poder pode o Juiz afastar-se da lei, cabendo à Corte Suprema Federal da URSS dar a interpretação autêntica, publicada ao lado do texto legal (L'Interprétation du Droit dans les Pays Socialistes, K. Stoyanovitch, Archives, XVII/ 149).

6.2. Admitindo em maior ou menor grau a subordinação do Juiz ao ordenamento jurídico, assim considerado o conjunto de princípios jurídicos que ordenam a vida social, há os que sustentam que a interpretação operativa é relacionada a um sistema jurídico, devendo a decisão estar contida nele, ainda que eventualmente afastada da norma que se entende aplicável ao caso. Para o seu trabalho, o julgador traz à baila necessariamente fatores extranormativo, (princípios éticos, idéia de eqüidade, sentimento de justiça) mas que se pressupõem sejam protegidos e realizados pela ordem jurídica. É impossível, ensina o Prof. Plauto Faraco de Azevedo, definir o Direito, mesmo tão-só o Direito Positivo, a não ser como uma ordem estabelecida com finalidade de servir à justiça (Justiça Distributiva e Aplicação do Direito, p. 119).

6.3. Por fim, os realistas e os da corrente do direito livre afirmam que o Juiz é um criador, sofrendo a influência de múltiplos e variados fatores incidentes sobre o psiquismo humano no momento da decisão, desde as condições pessoais e internas, até as sociais e externas que de algum modo possam interferir no processo decisório. Sendo livre, não tem limites normativos, pois esta posição não reconhece valia no direito abstrato nem à razão como participantes da atividade interpretativa. Os mais extremados substituem as leis e regras de interpretação por sentimentos judiciais, aí incluindo instintos, emoções, sentidos.

## **7. Crítica das correntes radicais.**

Uma síntese das diversas opiniões mostra-nos, de um lado, os realistas radicais (os irracionalistas), de outro os dogmáticos (positivistas), e entre eles uma corrente intermédia, com muitas variantes.

7.1. A opção por uma ou outra será sempre ideológica, assumida de acordo com idéias previamente estabelecidas e aceitas pelo jurista, que escolherá o caminho interpretativo mais propício à realização



dos seus valores. Bobbio conta-nos que na Itália, ao tempo da substituição do regime liberal pela paulatina ascensão da ditadura fascista, o apego à legalidade assumiu um valor progressista e liberal; porém, quando se impôs a ditadura, e a máquina do Estado totalitário deu curso à nova legalidade, a concepção de respeito à lei passou a servir otimamente para fins exatamente contrários. Por isso, conclui ele, formalismo e antiformalismo não têm um valor ou desvalor em si mesmos, senão que seu valor ou desvalor dependem da ideologia à qual servem e que nós aceitamos ou rejeitamos (El Problema dei Positivismo Jurídico, p. 8 e 31). No mundo atual, dividido entre duas concepções políticas antagônicas, cada bloco com sua estrutura legal própria - expressão da filosofia política aceita - a posição que convém a um socialista num Estado socialista não é a que lhe agrada num Estado de democracia liberal e vice-versa, quer dizer, para uma mesma pessoa, a mudança da latitude implica a mudança de concepção sobre o tema de que nos ocupamos.

7.2. Conforme os realistas, o Juiz é um criador, sofre influência de fatores de ordem orgânica, afetiva e circunstancial como qualquer pessoa, e em função disso age. A lei é um dado, entre outros, algumas vezes nem considerado para sua atividade. Só os fatos interessam ao Direito, que se limita ao mundo da experiência, onde se localizam os homens e a sentença que sobre eles dispõe. A decisão dada nessas condições não decorre da lei, não cabendo ao jurista, antes da sentença, senão formular simples profecias ou predições sobre o que possivelmente será decidido. A sentença é essencialmente um ato de vontade.

A grande contribuição dessa escola foi chamar a atenção para o fato muito simples de que o Direito existe no mundo real, onde ocorrem as relações humanas e a sentença, descortinando aí o contingenciamento do intérprete a essa realidade. Desvendou, como ninguém antes o fizera,

o misticismo que entranha nossas idéias sobre o Direito. Apontou para o mito que realiza cada um dos grandes princípios jurídicos, que satisfazem exigências de segurança e de tratamento igualitário. Identificou na sentença seu componente de vontade, verificação que leva conseqüentemente a admitir a existência de elementos influentes na decisão que não estão absolutamente presentes na norma que o Juiz, numa posição ingênua, diz unicamente aplicar.

Há, porém, evidente exagero nesse modo de visualizar a totalidade da experiência jurídica. Todos nós sabemos e a experiência diária do foro mostra-nos que o comportamento comum do Juiz - nos países de direito legislado - é manusear constantemente os Códigos e seguir os seus enunciados, mais ou menos claros e de fácil compreensão, que indiscutivelmente servem para orientar o Juiz e para fundamentar suas sentenças. Tanto assim que a mudança de legislação acarreta, na quase unanimidade das vezes, a alteração das soluções judiciais. Também não se pode deixar de admitir que a maioria das regras jurídicas positivadas contém um núcleo sobre o qual não há disputa de entendimento nem dificuldade na aplicação. Portanto, não é correto afirmar que a lei entra em linha de conta. Nem é certo dizer que a sentença emana só da vontade, quando a razão participa decisivamente para o conhecimento dos fatos, a determinação de valores e fins, para formar o leque de alternativas decisórias e para auxiliar no próprio momento da decisão. Outro equívoco é substituir o arbítrio do legislador pelo arbítrio do Juiz. Nem um nem outro agem livres. O legislador está determinado pelo momento histórico, pelos seus compromissos partidários e eleitorais, pela fiscalização da sociedade e pelos próprios limites que o jogo político impõe. O Juiz, além de levar em consideração a lei, ainda deve expressar a consciência média da comunidade para a qual jurisdiciona, e sofre o crivo do mundo jurídico que o cerca. Os realistas tiveram o mérito de demonstrar que a lei não nos dá a segurança tão

proclamada, mas lançam-nos na mais absoluta indefinição, submetidos ao voluntarismo dos julgadores.

7.3. Os positivistas acreditam que o legislador é o único que inova na ordem jurídica, criando a norma que vai integrar um sistema ordenado, completo e justo. Para sua aplicação, querem um Juiz servo da lei, imparcial, desideologizado. A interpretação é atividade secundária, só presente quando a lei não é clara; segue métodos que levam ao conhecimento da vontade da lei ou do legislador, para o que a lógica formal é um bom instrumento.

O defeito principal está em condenar o intérprete ao caminho estreito da lógica formal, que pode levar a conclusões absurdas e a soluções práticas aberrantes e inadequadas. Esquecem que a lei é um instrumento de realização do justo, um meio e não um fim em si, que não pode ser elevada à categoria de bem maior a preservar. A lei necessariamente é genérica e distante da realidade do caso, cujos contornos só podem ser conhecidos pelo Juiz. A desconsideração das peculiaridades do caso permitirá aplicação uniforme da lei, garantindo a segurança no tráfico das relações, mas muito seguidamente consistirá na negação da justiça, o que poderia ser evitado com a flexibilização do princípio normativo.

Historicamente, o positivismo perdeu terreno após a II Guerra, quando os juristas se aperceberam da inviabilidade ética de ficarem submetidos exclusivamente à ordem jurídica positiva, depois da experiência do nazismo.

## **8. O trabalho interpretativo do Juiz.**

Acredito que o Juiz não é servo da lei, nem escravo de sua vontade, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente, que é um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar, no pressuposto indeclinável de que essa ordem aspira à justiça.

O primeiro compromisso do julgador é com a justiça; estando ele convencido de ser injusto o sistema, trazendo-lhe sua sujeição inconciliável conflito de consciência, não há como exercer a atividade operativa, porque toda aplicação que fizer será sempre um modo de efetivação do sistema. O intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente social onde vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los. Não pode fazer prevalecer a sua vontade a esses valores: 'É expectativa fundamental da vida em sociedade civilizada que a vontade de um homem não se submeta à vontade arbitrária de outro' (Roscoe Pound, *Justiça conforme a Lei*, p. 36). Não lhe cabe sobre por-se aos sentimentos médios da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular, que mais o fiscalizam nas suas decisões quanto mais democrático o regime: 'Há concepções sociais dominantes apreensíveis pelo Juiz. Não pode ele, ao decidir, ignorar os padrões ou critérios que delas advêm, em favor de suas concepções pessoais. Sua atitude há de inserir-se no contexto social, cujas idéias, valores e sentimentos não lhe é dado ignorar' (Plauto Faraco de Azevedo, *op. cit.*, p. 125). Mas o intérprete não fica relegado ao imobilismo e à passividade: o Juiz procura interpretar a consciência social e dar eficácia à lei, mas, assim procedendo, às vezes ele amolda e modifica a mesma consciência que é chamado a interpretar. Há, pois, um elemento criador, ao lado do elemento descobridor, na atividade judicial (Bodenheimer, *Ciência do Direito*, p. 135).

A sujeição ao ordenamento jurídico como um sistema aberto não é a mera servidão à lei formal. O Direito positivado é apenas uma parte desse conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do direito natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o Juiz habita. A norma legislada poderá exprimir uma idéia

distanciada desses princípios, resultar de errônea avaliação dos fins sociais, deixar de lado solicitações e expectativas comuns. A falha pode ser explicada por erro de apreciação do legislador, por submissão dele a circunstâncias e contingências de aguda compreensão e influência no momento legislativo; ou, simplesmente, decorrer da defasagem, no tempo, entre a hipótese para a qual foi feita e a superveniente modificação da estrutura das relações sociais. Cabe ao intérprete fazer a adequação da norma ao sistema onde está embutida.

No seu trabalho de aplicação do sistema, o Juiz cria na sentença a norma para o caso concreto (concreção), pela sua razão e pela sua vontade. É um ato de razão porque exige o conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos do caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis. Para sua opção, o Juiz leva em conta: (a) norma individualizada, imediatamente aplicável ao caso; (b) os princípios gerais do sistema jurídico vigente, entre eles os decorrentes das idéias de justiça e de eqüidade, e os fins e valores sociais que essa ordem se propõe a preservar; (c) sofre, como qualquer pessoa, a atuação de fatores múltiplos, de ordem emocional, psíquica, circunstancial; (d) sente o efeito de suas convicções ideológicas; (e) por fim, reflete sobre as conseqüências reais que decorrerão da decisão. O Juiz deve estar consciente destes aspectos do seu trabalho, para ter lucidez suficiente que lhe permita identificar, analisar e criticar as circunstâncias que o acometem, inclusive para se policiar, pois do contrário será um ingênuo, influenciado por fatores que ele mesmo desconhece, mas que certamente existem e são eficazes.

Para aproximar-se dos dados com que trabalha, o Juiz emprega método empírico-diabético, que consiste em ir ao fato, conhecer o seu sentido e visualizar o fim do comportamento estudado, apreender em função disso o seu valor (positivo ou negativo), e confrontá-lo com a



norma individualizada, com o ordenamento jurídico global e com as consequências possíveis. Este caminho é percorrido mais de uma vez, num ir e vir sempre renovado de nuances antes impressentidas, passando pelo mundo do ser, da normatividade e dos valores até o momento em que a decisão é intuída, surgindo claro na mente o julgamento em esboço (Recaséns Siches, op. cit., p. 202). Na decisão, os seus diversos elementos estão reunidos uns em relação aos outros, formando uma estrutura unitária indissolúvel. Desde a escolha dos fatos que serão tomados como relevantes, passando pelas regras de prova admitidas para o caso (com o que alguns elementos permanecerão na linha de conta e outros desaparecerão), pelo método interpretativo adotado, até os valores admitidos, tudo formando um conjunto que somente se explica e se compreende em função da solução escolhida.

Conforme a leitura da norma individualizada aplicável ao caso, essa norma estará mais ou menos ajustada aos princípios que o julgador decidiu preservar. Se coincidentes, a fundamentação da sentença será a singela invocação do Direito Positivo, que por si legitima a decisão. Havendo divergência, o Juiz deverá argumentar para convencer do acerto e da adequação de sua decisão ao sistema jurídico, pois deverá encontrar ali a fundamentação para a decisão que entende a mais justa e, portanto, a única cabível. Sempre que possível, fica com a lei e trabalha com ela usando dos recursos que a linguagem lhe oferece. Todos sabemos que os termos através dos quais o legislador se expressa contêm conceitos indeterminados, discricionários e cláusulas gerais, assim como referidos na lição de Engisch (Introdução ao Pensamento Jurídico, 2ª ed., p. 170 e segs.), também examinados e classificados por Warat (Mitos e Teorias na Interpretação da Lei, p. 96 e segs.). O preenchimento dessa vaguidão leva o Juiz a atribuir à lei o conteúdo que considera o mais adequado, exercendo então atividade eminentemente criadora. As cláusulas gerais são inesgotáveis recursos de que poucos Juizes brasileiros lançam mão para o encontro da decisão justa, mas que aí estão (por exemplo, art.

5º, da Lei de Introdução ao CC; art. 159 do CC; o princípio de igualdade, consagrado no art. 5º da CF) e tendem a crescer nas legislações mais modernas.

A natureza do trabalho intelectual que o Juiz realiza coloca-o diante de teorias divergentes, de múltiplas opções interpretativas, de diversos conteúdos adaptáveis aos conceitos abertos, enquanto que a natureza decisória de sua atividade lhe impõe a escolha de apenas uma das alternativas, com a eliminação definitiva das demais. Nesse complexo jogo de eleição e de rejeição de correntes doutrinárias, de adjetivação de fatos, condutas e normas, de emprego de alguns termos de forte impacto mas de contornos indefinidos (insuficiente, relevante, abuso de direito, ordem pública, etc.), o Juiz vai reunindo os argumentos para fundamentar a decisão a que já havia chegado por ato de razão e também de vontade, sob a influência de dados jurídicos e metajurídicos, numa intuição intelocativa. O seu fanal é o justo e o seu limite é o sistema jurídico em que está inserido, dentro do qual deve encontrar a legitimação para sua decisão, ainda que usando das janelas que o sistema aberto contém. A norma concretizada será criada em função desses dois dados, conhecendo da lei positiva com os recursos que a ciência interpretativa lhe alcança para cumprir aqueles fins.

Em raras ocasiões, o Juiz defrontar-se-á com uma lei que não possa ser interpretada e redefinida em conformidade com o valor justiça. Quando isso ocorrer, duas as alternativas: ou renuncia à função, como recomenda Recaséns Siches (op. cit., p. 237); ou contradiz a lei, nas hipóteses em que ela: 1) viola as finalidades da instituição social que regula (Perelman, *L'Interprétation Juridique*, nos *Archives*, XVII/29 e segs.: Os magistrados procurarão mil subterfúgios, e forçarão, se preciso, as interpretações tradicionais, se se trata de salvaguardar o funcionamento habitual de uma instituição ou de se chegar a uma solução judiciária considerada de equidade, mesmo se eles são os incapazes de

encontrar uma justificação aceitável em Direito, p. 35); 2) quando for contra a equidade; ou 3) quando a solução preconizada acarretar conseqüências sociais inadmissíveis (a teoria da tomada em consideração das conseqüências está sendo reconhecida na Alemanha como objeto da atividade de interpretação dos Juízes, que deverão considerá-las ao menos de tal maneira que conseqüências negativas delas decorrentes sejam minoradas (Hassemer, O Sistema de Direito e a Codificação, a Vinculação do Juiz à Lei, in Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUC/RS, v. 9/7, tradução do Prof. Peter Ashton).